

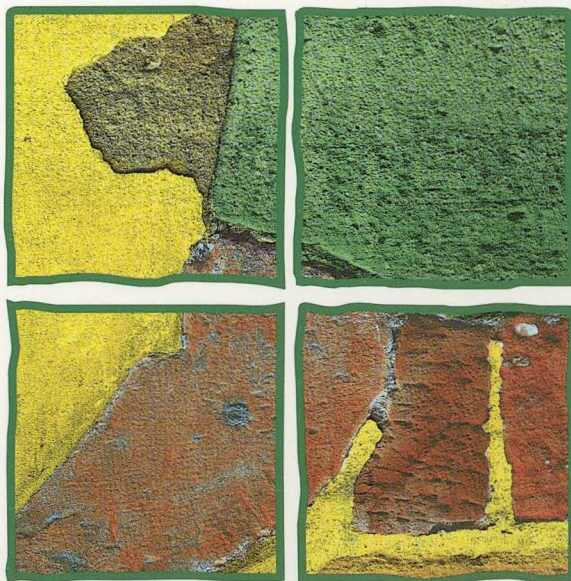
Schriftenreihe des
Instituts für Rechtswissenschaft
und Rechtspraxis



Universität St.Gallen

René Schaffhauser / Matthias Horschik (Hrsg.)

Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen



Band 51

RENÉ SCHAFFHAUSER / MATTHIAS HORSCHIK

(Herausgeber)

Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen

mit Beiträgen von

Dr. rer. publ. Stephan C. Brunner

PD Dr. iur. Ueli Kieser

Dr. iur. Claudia Mund

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

lic. iur. Ursula Uttinger



ML 23166

A-4653874

Referate der Tagung vom 27. September 2007

St. Gallen 2008

Inhaltsübersicht

Ueli Kieser

- Das Institut des Vertrauensarztes nach KVG als Chance
und Möglichkeit für andere Versicherungen? 9

Kurt Pärli

- Daten- und Diskriminierungsschutz im neuen Bundesgesetz
über genetische Untersuchungen beim Menschen – ein Vorbild? 55

Claudia Mund

- Datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen für Biobanken
in Industrie und Spitälern 77

Ursula Uttinger

- Datenschutz-Audits im Gesundheits- und Versicherungswesen:
Erfahrungen aus der Praxis 95
Teilrevision Datenschutzgesetz und Verordnungen

Stephan C. Brunner

- Das revidierte Datenschutzgesetz und seine Auswirkungen
im Gesundheits- und Versicherungswesen 109

Daten- und Diskriminierungsschutz im neuen Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen – ein Vorbild?

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Zentrum für Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, Zürcher Hochschule, Winterthur

Inhaltsübersicht

I.	Verhältnis Datenschutz, Diskriminierungsschutz und Schutz vor genetischer Diskriminierung	56
1.	Datenschutz und Diskriminierungsschutz	56
2.	Schutz vor genetischer Diskriminierung.....	57
II.	Besonderheiten genetischer Diskriminierung	59
1.	Ausgangslage und Problematik	59
2.	Politisch-rechtliche Reaktionen	61
III.	Daten- und Diskriminierungsschutz im GUMG.....	62
1.	Das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 GUMG	62
2.	Arbeitsrechtlicher Datenschutz und GUMG-Diskriminierungsverbot.....	63
2.1.	Ein Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot mit Ausnahmen.....	64
2.1.1.	Die Grundregel in Art. 21 GUMG.....	64
2.1.2.	Die Durchbrechung des Untersuchungsverbotes in den Art. 22–25 GUMG.....	66
2.2.	Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung.....	68
3.	Differenzierte Lösung im Versicherungsbereich	69
3.1.	Vorbemerkungen	69
3.2.	Absolutes Untersuchungsverbot	71
3.3.	Beschränktes Nachforschungs- und Verwertungsverbot	72
3.3.1.	Existenziell bedeutende Versicherungen.....	72
3.3.2.	Übrige Versicherungen.....	73
3.4.	Rechtsdurchsetzung.....	74
IV.	Würdigung	74

I. Verhältnis Datenschutz, Diskriminierungsschutz und Schutz vor genetischer Diskriminierung

1. Datenschutz und Diskriminierungsschutz

Datenschutz schützt, so lautet das bekannte Bonmot, nicht die Daten, sondern den Menschen, und zwar davor, dass Personendaten missbräuchlich bearbeitet werden. Das Gesetz bestimmt, wann eine Datenbearbeitung missbräuchlich ist, und hält Rechtsfolgen fest. Worin liegt der Sinn dieser Regelungen? Gemeinhin wird auf den Anspruch auf die informationelle Selbstbestimmung Bezug genommen und damit der Erhaltung und Stärkung der Autonomie der Bürgerinnen und Bürger das Wort geredet¹. Dieses zutiefst liberale Credo des Datenschutzes ist ergänzungs- oder zumindest konkretisierungsbedürftig. Durch gesetzliche Schranken einer uferlosen Datenbearbeitung bewirkt Datenschutz wirtschaftliche Effizienz. Auch diese Funktion stimmt mit einer liberalen Rechts- und Wirtschaftsordnung in hohem Masse überein.

Die BV gewährleistet in Art. 13 Abs. 2 BV jeder Person den "Anspruch auf Schutz vor Missbrauch ihrer persönlichen Daten". Diese Bestimmung schützt betroffene Personen vor Benachteiligungen, die durch eine ungerechtfertigte Bearbeitung von Personendaten bewirkt wird. Datenschutz sorgt für den Schutz vor missbräuchlicher Datenbearbeitung und somit für die informationelle Selbstbestimmung, die zur persönlichen Entfaltung und Lebensgestaltung notwendig ist. Datenschutz bildet einen zentralen Bestandteil des verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 BV)².

Die informationelle Selbstbestimmung als Teilaspekt des Persönlichkeitsschutzes hängt eng mit dem Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV

¹ Siehe Art. 13 Abs. 2 BV, dazu BGE 128 II 259 E. 3.2, grundlegend BGE 113 Ia 1 E. 4b/bb; 113 Ia 257 E. 4b-d; siehe zum Ganzen weiter SCHWEIZER RAINER, Kommentar zu Art. 13 BV, N 40. in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, Zürich/Basel/Genf 2002.

² HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER, Bundestaatsrecht, Zürich 2001, S. 118.

zusammen³. Werden nämlich Daten über die Gesundheit, die soziale Stellung oder die politische Einstellung einer Person ohne deren Wissen und womöglich gegen deren ausdrücklichen Willen bearbeitet, folgt dieser Datenbearbeitung i.d.R. eine benachteiligende Ungleichbehandlung⁴. Datenschutz hat auch den Zweck, Menschen vor Ausgrenzung zu schützen. Datenschutz bewirkt mit anderen Worten Diskriminierungsschutz⁵.

2. Schutz vor genetischer Diskriminierung

Der Umgang mit genetischen Untersuchungen ist grundrechtsrelevant⁶. Ausgehend vom Schutz der Würde des Menschen in Art. 7 BV ist besonders das in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung⁷ zu beachten. Jeder Mensch soll das Recht haben, selber darüber zu entscheiden, ob er Informationen über sein Erbgut will und wem diese Informationen zugänglich gemacht werden dürfen. Zum grundrechtlichen Schutz gehört das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV. Zwar figuriert der "genetische Status" nicht unter den namentlich aufgeführten Diskriminierungskriterien. Das offene Konzept des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes ("Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht ...") und das Stigmatisierungspotenzial der genetischen Konstitution eines Menschen lassen jedoch den Schluss zu, dass auch der genetische Sta-

³ PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung, S. 129 ff.

⁴ SEEMANN MATTHIAS, S. 80 ff., insbesondere Fn. 7, 8, 54 und 59.

⁵ PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung, Bern 2007, S. 113.

⁶ Ausführlich zu grundrechtlichen Aspekten der Untersuchung des genetischen Status siehe MUND CLAUDIA, Grundrechtsschutz und genetische Information, Basel/Genf/München 2005, S. 57 ff.

⁷ Das Bundesgericht hat den Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 8 EMRK schon vor der Nachführung der Bundesverfassung von 1999 anerkannt, siehe z.B. BGE 120 II 118 E. 3a.

tus vom Diskriminierungsverbot erfasst ist⁸. Die grundrechtlichen Abwehransprüche gegenüber dem Staat werden ergänzt durch grundrechtliche Schutzpflichten⁹. Im vorliegenden Zusammenhang haben deshalb Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte¹⁰ dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und dem Diskriminierungsverbot auch unter Privaten Wirksamkeit zu verschaffen.

Eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage für ein gesetzgeberisches Tätigwerden ist überdies in Art. 119 BV enthalten. Nach Art. 119 Abs. 1 BV ist der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gentechnologie geschützt. Die Anwendung der Möglichkeiten der Gentechnologie soll nicht verboten werden. Der Staat aber hat dafür zu sorgen, dass die Nutzung der Gentechnologie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Menschen wahr¹¹. Dazu bestimmt Art. 119 Abs. 2, die Vorschriften des Bundes müssten für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie sorgen. Für den *Arbeits- und Versicherungsbereich* relevant ist die Bestimmung in Art. 119 Abs. 2 Buchstabe f BV, wonach das Erbgut einer Person nur mit deren Zustimmung oder durch gesetzliche Vorschrift untersucht, registriert oder offenbart werden darf. Im GUMG werden diese Anforderungen umgesetzt. Für die Auslegung der GUMG-Bestimmungen (auch) im Arbeits- und Versicherungsbereich haben sich die Gerichte am doppelten Schutzauftrag der Verfassung (grundrechtliche Schutzpflichten sowie spezieller Schutzauftrag in Art. 119 BV) zu orientieren.

⁸ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7396.

⁹ Dazu grundlegend EGLI PATRICIA, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, S. 160 ff.; siehe auch BGE 126 II 314.

¹⁰ Zu den Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Bereich der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes unter Privaten siehe MARTENET VINCENT, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, ZSR 2006 I 419 ff.

¹¹ REUSSER RUTH/SCHWEIZER RAINER, Kommentar zu Art. 119 BV, N 34, in: Ehrenzeller Bernhard/Mastronardi Philippe/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, St. Gallen/Zürich 2002.

II. Besonderheiten genetischer Diskriminierung

1. Ausgangslage und Problematik

Rasche medizinische Fortschritte in der Erforschung des menschlichen Erbgutes führ(t)en zur Anwendung neuer Analysemethoden zur Bestimmung von Genen, die für Krankheiten und Behinderungen zumindest mitverantwortlich sind. Krankheitsanlagen können immer besser bereits vor dem Auftreten klinischer Symptome entdeckt werden.

Diese neuen Möglichkeiten polarisieren. Perfektionistische Utopien werden verbreitet, die einen eigentlichen Abschied vom Leiden als möglich erscheinen lassen. Das löst bei vielen Unbehagen und Abwehr gegen diese neuen Möglichkeiten aus. Zur Legitimierung von Widerständen gegen die Gentechnologie werden Leiden teils als "Natur" gerechtfertigt¹². Der Philosoph Arnold Künzli bezeichnet solche Strömungen als "dysutopischen Fundamentalismus"¹³.

Nicht nur wertkonservative dysutopische Fundamentalisten warnen vor Gefahren der Gentechnologie. Präsymptomatische genetische Untersuchungen vermitteln Erkenntnisse über in der Regel bloss möglicherweise auftretende Krankheiten. Mit Prognosen über bloss *möglicherweise* auftretende Krankheiten werden Menschen zu Patienten, ohne wirklich krank zu sein. AL JONSEN nennt Menschen in diesem Zustand "unpatients": "They are somewhat like the vampires in old horror movies who were neither alive nor dead and were called, the undead"¹⁴.

¹² REHMANN-SUTTER CHRISTOPH, Zwischen den Molekülen. Beiträge zur Philosophie der Genetik, Tübingen 2005, S. 270.

¹³ KÜNZLI ARNOLD, Menschenmarkt, Die Humangenetik zwischen Utopie, Kommerz und Wissenschaft, Reinbeck 2001, S. 156.

¹⁴ JONSEN A.R., "The Impact of Mapping the Human Genome on the Patient-Physician Relationship", in: Murray Th.H. et al. (Hrsg.): The Human Genome and the Future of Health Care. Bloomington/Indianapolis: Indiana Univ. Press, S. 14, 1996, zitiert nach REHMANN-SUTTER (Fn. 12), S. 275.

Das Ergebnis einer präsymptomatischen Untersuchung kann dazu führen, dass wir zwar nicht krank, aber doch auch nicht "normal" sind, die genetischen Eigenschaften weisen "SNP" auf, so genannte "Single Nucleotide Polymorphism", das sind individuelle Abweichungen in der Sequenz der DNS (Desoxyribonukleinsäure). Solche Informationen bergen die Gefahr der selbsterfüllenden Prophezeiung, ein Phänomen, das auch schon mit dem Andorra-Effekt beschrieben wurde. Im Theaterstück Andorra lässt Max Frisch eine Person durch die Unterstellung, sie sei Jude, sich tatsächlich als jüdisch verstehen¹⁵. Auch bei genetischen Daten besteht die Gefahr einer Identifizierung der betroffenen Personen. Nicht unproblematisch ist vor diesem Hintergrund bereits der Begriff der genetischen Prädisposition: Es handelt sich nicht um einen neutralen Begriff, er widerspiegelt vielmehr bereits ein Interpretationsmuster genetischer Daten¹⁶.

Mit modernen genetischen Untersuchungen werden menschliche Handlungsspielräume und damit auch individuelle Entscheidungsmöglichkeiten vergrössert¹⁷. Diese Entscheidungsmöglichkeiten bedingen aber Entscheidungsspielräume, die in asymmetrischen Machtverhältnissen nicht vorausgesetzt werden können. Dies trifft unter anderem auf Arbeits- und Versicherungsverhältnisse zu¹⁸. Lange vor dem Auftreten klinischer Symptome – und in vielen Fällen wird es zu gar keinem Auftreten klinischer Symptome kommen – besteht also die Gefahr sozialer Benachteiligung. Das sind Phänomene, die im Bereich der HIV-Infektion empirisch belegt sind. Die positive HIV-Diagnose allein kann, ungeachtet der tatsächlichen Arbeitsfähigkeit, zu einem Ausschluss oder eingeschränktem Zugang zur Arbeitswelt

¹⁵ Den Hinweis verdanke ich REHMANN-SUTTER (Fn. 12), S. 277.

¹⁶ NEUMANN-HELD EVA, "Gene können nicht alles erklären", *Universitäts* 52 (1997), Stuttgart, S. 469–479.

¹⁷ MÜLLER HANS-JAKOB in einem Interview mit der Organisation Gen-Dialog im Rahmen einer Veranstaltung "GEN-DIALOG: Diagnostik am Menschen", Juni 2002 (Quelle: ><http://www.gensuisse.ch/focus/gendiag/index.html#toc>< [Zugriff: 30.09.2006]).

¹⁸ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002 (Botschaft GUMG), BBl 2002 S. 7362.

und/oder zu Problemen beim Versicherungsschutz führen¹⁹. Seit den 1990er Jahren wurden in empirischen Studien vorwiegend aus den USA und Kanada auch Fälle diskriminierender Ungleichbehandlung von Menschen aufgrund ihres Erbgutes durch Arbeitgeber und Versicherer dokumentiert²⁰.

2. Politisch-rechtliche Reaktionen

In der gesellschaftlichen Wahrnehmung wird eine Benachteiligung von Menschen aufgrund ihres genetischen Status als ungerecht empfunden. Das mag damit zusammenhängen, dass die genetische Disposition als Schicksal verstanden wird. Für die Gene sind wir nicht verantwortlich. Die besonders hohe gesellschaftliche Ächtung genetischer Benachteiligung erklärt dies indes nicht vollständig. So sind Menschen auch für ihre ethnische Herkunft nicht verantwortlich. Und doch zeigen Studien, dass eine Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft oder der Rasse sozial eher anerkannt wird als die genetisch bedingte benachteiligende Ungleichbehandlung²¹. Die Sonderrolle der genetischen Diskriminierung hat verschiedene Ursachen, eine davon liegt darin, dass die Gene der visuellen äusseren Wahrnehmung entzogen sind. Dazu kommt: Die (potenzielle) Ungleichbehandlung durch Versicherer oder Arbeitgeber erfolgt nicht wegen dem Befund der genetischen Untersuchung an sich, sondern wegen deren prognostischen Aussage über ein Ereignis, das nicht notwendigerweise eintreten muss.

¹⁹ Dazu ausführlich: PÄRLI KURT/MÜLLER KARIN/SPYCHER STEPHAN, Aids, Recht und Geld, Zürich 2003, S. 37 ff.; PÄRLI KURT, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherungen, HAVE 2/2005 S. 109 ff.; PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007, S. 59 ff.

²⁰ Siehe dazu: FOX LINDA M., "Brave new Workplace: Genetic Breakthroughs and the New Employment Discrimination, Colorado 2000 (Quelle: >http://www.workrights.ch/issue_genetic/gd_brave_new_speech.html<), siehe weiter LEMKE THOMAS, Die Polizei der Gene – Formen und Felder genetischer Diskriminierung, Institut für Sozialforschung, Frankfurt am Main 2006, S. 41–50 (ein Überblick über empirische Studien).

²¹ Siehe die Nachweise bei LEMKE (Fn. 20).

Die gesellschaftlich-moralische Ächtung genetischer Diskriminierung widerspiegelt sich in vielen Rechtsordnungen in der Verankerung gesetzlicher und teilweise ergänzend verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote²². Auf internationalrechtlicher Ebene kann aus den allgemeinen und besonderen Diskriminierungsverboten in verschiedenen Menschenrechtsverträgen ein Diskriminierungsverbot aufgrund des genetischen Status abgeleitet werden²³. Einen ausdrücklichen Schutz aufgrund des genetischen Erbes enthält jedoch das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 über Menschenrechte und Biomedizin. Art. 11 verbietet "jede Form von Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbgutes". Das Diskriminierungsverbot wird ergänzt durch die in Art. 12 festgehaltenen Einschränkungen der Zulässigkeit prädiktiver genetischer Tests.

III. Daten- und Diskriminierungsschutz im GUMG²⁴

1. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 4 GUMG

Das GUMG regelt, unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich, im Arbeits-, Versicherungs- und Haftpflichtbereich durchgeführt werden dürfen (Art. 1 Abs. 1 GUMG). Der Geltungsbereich umfasst sowohl privat- wie öffentlichrechtliche Arbeits- und Versicherungsverhältnisse. Das GUMG regelt darüber hinaus die Erstellung von DNA-Profilen zur Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung von Personen (Art. 1 Abs. 2 GUMG). Nicht anwendbar ist das Gesetz auf

²² Für einen Überblick siehe: GERARDS J.H./HERINGA A.W./JANSSEN, *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, 2005. Zur Situation in Deutschland siehe z.B. LINDNER FRANZ JOSEF, *Grundrechtsfragen prädiktiver Gendiagnostik*, MedR 2007, S. 286–295, insbes. S. 291 f.

²³ Dazu ausführlich: PÄRLI KURT, *Arbeits- und versicherungsrechtliche Bestimmungen des GUMG*, AJP 1/2007 S. 79 ff.

²⁴ Bei den folgenden Seiten (Teil III. des vorliegenden Beitrages) handelt es sich um eine leicht überarbeitete ergänzte Version des Textes, der vom Autor in der AJP 1/2007 veröffentlicht wurde: PÄRLI KURT, *Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des GUMG*, AJP 1/2007 S. 79 ff.

genetische Untersuchungen zu Forschungszwecken, soweit nicht im GUMG selber etwas anderes vorgegeben ist (Art. 1 Abs. 3 GUMG).

Art. 4 GUMG enthält ein Diskriminierungsverbot: "Niemand darf wegen seines Erbgutes diskriminiert werden". Dieses gesetzliche Diskriminierungsverbot entfaltet sowohl für privatrechtliche wie öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse Wirkung²⁵, also auch für Arbeits- und Versicherungsverhältnisse. Das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG verpflichtet den Arbeitgeber, keine Arbeitnehmende aufgrund des Erbgutes zu diskriminieren. Hat der Arbeitgeber folglich Informationen über den genetischen Status von Stellenbewerber/innen oder Arbeitnehmenden, darf er keine daran anknüpfenden Ungleichbehandlungen vornehmen. Weigert sich eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer, den genetischen Status offenzulegen, und führt dies zu einer Ungleichbehandlung, liegt ebenfalls eine Diskriminierung aufgrund des Erbgutes vor. Nach der bundesrätlichen Botschaft ist das Diskriminierungsverbot des GUMG nicht absolut, das heisst, grundsätzlich ist eine Ungleichbehandlung rechtfertigungsfähig²⁶. Angesichts der Unabänderlichkeit des genetischen Status sind indes an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sehr hohe Anforderungen zu stellen²⁷.

2. Arbeitsrechtlicher Datenschutz und GUMG-Diskriminierungsverbot

Die spezifischen Regelungen zu genetischen Untersuchungen und Bekanntgabe der Ergebnisse im Arbeitsbereich in den Art. 21–25 GUMG konkretisieren die schon heute geltende Rechtslage. Genetische Untersuchungen und Informationen über den genetischen Status stellen besonders schützenswerte Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung dar²⁸. Die Beschaf-

²⁵ MUND (Fn. 6), S. 293, und Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7396.

²⁶ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 736.

²⁷ MUND (Fn. 6), S. 248.

²⁸ So im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) Art. 3 Bst. c Ziff. 2. Auch in kantonalen Datenschutzgesetzen sind Personendaten über die Gesundheit als besonders schützenswert qualifiziert.

fung und Bearbeitung von Informationen über die Gesundheit der Arbeitnehmer/innen oder Stellenbewerber/innen durch Arbeitgebende hat in den Grenzen der datenschutzrechtlichen Spielregeln zu erfolgen²⁹. Die Datenbearbeitung – auch der Umgang mit Informationen über den genetischen Status von Stellenbewerbenden und Angestellten – ist nur zulässig, soweit die zu bearbeitenden Daten einen objektiven Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen³⁰. Der genetische Status bildet zudem einen Aspekt der durch den Arbeitgeber nach Art. 328 OR zu achtenden und schützenden Arbeitnehmerpersönlichkeit³¹.

2.1. Ein Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot mit Ausnahmen

2.1.1. Die Grundregel in Art. 21 GUMG

Art. 21 Bst. a und b GUMG sieht vor, dass bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses weder der Arbeitgeber noch seine Vertrauensärztin oder sein Vertrauensarzt eine präsymptomatische genetische Untersuchung oder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen, noch deren Ergebnisse verwerten dürfen. *Präsymptomatische genetische Untersuchungen* sind nach Art. 3 GUMG "genetische Untersuchungen mit dem Ziel, Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome zu erkennen, mit Ausnahme der Untersuchungen, die ausschliesslich zur Abklärung der Wirkungen einer geplanten Therapie dienen". Die Einschränkung auf genetische Untersuchungen, die *Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klini-*

²⁹ Insbesondere bachtlich: Art. 328b OR, der eine Konkretisierung des Gebots der Verhältnismässigkeit in der Datenbearbeitung nach Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz DSG darstellt.

³⁰ STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 6. Auflage, Zürich 2006, N 5 zu Art. 328b OR.

³¹ So PÄRLI (Fn. 24), S. 82, und VON KAENEL ADRIAN, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006 S. 114.

scher Symptome erkennen können, stellt eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen können einen Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Überlegungen davon abhalten, Arbeitnehmende mit erhöhten Risiken einer künftigen Erkrankung zu beschäftigen oder zu befördern. Damit besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmende trotz möglicherweise noch sehr lange bestehender Arbeitsfähigkeit vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden. In der bundesrätlichen Botschaft zum GUMG wird dazu apodiktisch festgehalten: "Aus der geltenden Rechtsordnung ergibt sich, dass die Interessen des Arbeitgebers, die Krankheitsveranlagungen oder die Lebenserwartung seiner Arbeitnehmerin oder seines Arbeitnehmers zu kennen, insbesondere um Arbeitsplatz- oder Versicherungskosten zu senken, grundsätzlich nicht schutzwürdig sind". Mit der Verankerung eines dreifachen Verbotes – weder darf eine solche Untersuchung verlangt, noch die Ergebnisse bestehender Untersuchungen erfragt oder, falls die Ergebnisse doch bekannt werden, verwertet werden – wird diese Rechtslage im GUMG verdeutlicht. Art. 21 GUMG erfasst den ganzen "Lebenszyklus" eines Arbeitsverhältnisses, angefangen von der Bewerbungsphase über die Dauer der Anstellung bis hin zur Auflösung. Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Bezugnahme auf den präsymptomatischen genetischen Status eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin würde einen Verstoss gegen das Verwertungsverbot darstellen.

Der Anwendungsbereich genetischer Untersuchungen geht über die Möglichkeit zur Feststellung von Erkrankungen vor dem Auftreten von Symptomen hinaus. Insbesondere können mit genetischen Untersuchungen auch wichtige Erkenntnisse über die Diagnose, Therapie und Therapieverträglichkeit bei bereits bestehenden Krankheiten gewonnen werden. Die Daten solcher genetischen Untersuchungen stehen dem Arbeitgeber selbstverständlich ebenfalls nicht zur freien Disposition, vielmehr ist dem Arbeitgeber die Bearbeitung nur in den Schranken des Diskriminierungsverbotes des GUMG und der "üblichen" arbeitsrechtlichen Datenschutzvorschriften erlaubt. Eine weitere Einschränkung gilt es zu beachten: Art. 21 Bst. c GUMG hält fest, dass der Arbeitgeber keine genetischen Untersuchungen verlangen darf, "mit denen persönliche Eigenschaften einer Arbeitnehmerin oder eines

Arbeitnehmers erkannt werden sollen, die nicht die Gesundheit betreffen". Hintergrund dieser Norm ist die Möglichkeit, mittels genetischer Untersuchungen allgemeine Persönlichkeitsmerkmale einer Person bestimmen zu können. Das GUMG stellt hier klar, dass Arbeitgeber keinen Anspruch darauf haben, solche Informationen vom Arbeitnehmer zu verlangen. Der Gesetzestext schweigt zu den Fragen, ob der Arbeitgeber die Offenbarung solcher Information verlangen (Offenbarungsverbot) und freiwillig offenbarte Informationen verwerten darf³². Im Lichte des Diskriminierungsverbotes in Art. 4 GUMG und der für das Arbeitsverhältnis geltenden datenschutzrechtlichen Schranken der Bearbeitung von Informationen über die Arbeitnehmersgesundheit sind Arbeitnehmende nicht zur Offenbarung verpflichtet. Der Arbeitgeber darf solche Informationen auch nicht zur Grundlage eines Entscheides über die Anstellung, einer Beschäftigungsmodalität oder einer Kündigung machen.

2.1.2. Die Durchbrechung des Untersuchungsverbotes in den Art. 22–25 GUMG

Dieses absolute Untersuchungsverbot wird in Art. 22 GUMG durchbrochen. Präsymptomatische genetische Untersuchungen sind bei der Begründung und auch während des Arbeitsverhältnisses unter in Art. 27 Bst. a bis e genannten Voraussetzungen zulässig. Vorab muss es sich um einen Arbeitsplatz handeln, der durch eine Verfügung der SUVA arbeitsmedizinischer Vorsorge unterstellt ist (Bst. a). Weiter ist erforderlich, dass Arbeitsplatzmassnahmen nach Art. 82 UVG oder andere gesetzliche Bestimmungen zur Gefahrausschliessung nicht ausreichen (Bst. b). Erforderlich ist weiter, dass die Berufskrankheit, die Gefahr der Umweltschädigung oder die Unfall- oder Gesundheitsgefahr für Drittpersonen nach dem Stand der Wissenschaft mit der genetischen Veranlagung der Person zusammenhängen, die den Arbeitsplatz innehat (Bst. c). Dieser Zusammenhang muss durch die Exper-

³² Für MUND (Fn. 6) ist aufgrund der ratio legis von Art. 21 Bst. c GUMG klar, dass auch die Verwertung solcher Informationen nicht zulässig ist.

tenkommission für genetische Untersuchungen bestätigt werden (Bst. d) und die betroffene Person muss der Untersuchung schriftlich zustimmen (Bst. e). Zu den Modalitäten der Durchführung einer arbeitsplatzbezogenen präsymptomatischen genetischen Untersuchung gehören nach Art. 23 GUMG eine Beratungspflicht vor und nach der Untersuchung sowie die Vernichtung der Probe nach Abschluss der Untersuchung. In Art. 24 GUMG werden Fragen der Mitteilung des Ergebnisses und der Kostentragung geregelt. Der Arbeitgeber hat dabei lediglich Anspruch auf die Information über Eignung bzw. Nichteignung eines fraglichen Arbeitnehmers.

Die Anzahl der Berufe bzw. Arbeitsplätze, die für Personen mit bestimmten genetischen Anlagen nicht zu vereinbaren sind, ist nach heutigem Stand des Wissens klein³³. Die Durchbrechung des absoluten Untersuchungsverbotes ist aber für die betroffenen Personen einschneidend. Insbesondere ist das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung (Art. 22 Bst. e GUMG) wohl eher theoretischer Natur, da eine betroffene Arbeitnehmerin oder ein betroffener Arbeitnehmer bei verweigerter Zustimmung mit einem arbeitsmedizinisch begründeten und auf Art. 77 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) gestützten Beschäftigungsverbot rechnen muss. Faktisch führt Art. 22 GUMG deshalb zu einem Zwang zur Duldung einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung. Auch in der bundesrätlichen Botschaft wird auf die Sensibilität faktisch erzwungener arbeitsmedizinischer präsymptomatischer genetischer Untersuchungen hingewiesen³⁴.

³³ MUND CLAUDIA (Fn. 6), mit Hinweis auf MÜLLER HANSJAKOB, Genetische Tests: praktische Aspekte, in: Genomanalyse und Persönlichkeitsschutz, Internationales Kolloquium, Lausanne, 14. April 1994, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 25, Zürich 1994, S. 9 ff.

³⁴ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7434.

2.2. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung

Die Wirksamkeit der Normen zum Schutz vor Persönlichkeitsverletzung und Diskriminierung aufgrund des genetischen Status hängt wesentlich von den Instrumenten der Rechtsdurchsetzung ab. Ausgangslage bilden die (angenommenen) Konstellationen, dass ein Arbeitgeber eine präsymptomatische genetische Untersuchung oder die Offenlegung von Informationen über den genetischen Status verlangt oder solche Informationen zum Nachteil des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin verwertet. Nach Art. 25 GUMG müssen die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes von Amtes wegen einschreiten, wenn Verstösse gegen die Art. 21–24 GUMG festgestellt werden. Die Durchsetzung der Bestimmungen wird zudem über die Verankerung von strafrechtlichen Normen abgesichert. Nach Art. 39 GUMG wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer im Arbeitsbereich vorsätzlich gegen die Untersuchungsverbote gemäss Art. 21 Bst. a und c GUMG oder gegen das Offenlegungs- und Verwertungsgebot des Art. 21 Bst. b GUMG verstösst. Die Strafnorm richtet sich sowohl an den Arbeitgeber wie an dessen Vertrauensärztin oder Vertrauensarzt.

Das GUMG enthält weder zum Diskriminierungsverbot in Art. 4 noch in den Art. 21 ff. spezifische Bestimmungen über die *zivilrechtlichen Rechtsfolgen* bei Verstössen. Ein Verstoß gegen das Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot des Art. 21 GUMG sowie gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG während des Arbeitsverhältnisses stellt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 328 OR dar. Sofern und soweit ein haftpflichtrechtlicher Schaden vorliegt, kann dieser gestützt auf Art. 97 in Verbindung mit Art. 328 OR geltend gemacht werden. Angesichts des engen Bezuges des genetischen Status zur Menschenwürde ist von einer *schweren Persönlichkeitsverletzung* auszugehen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung Voraussetzung für einen Anspruch auf Genugtuung ist³⁵. Im Bewerbungsverfahren liegt, soweit man nicht eine Vorwirkung von Art. 328 OR annimmt, eine widerrechtliche Per-

³⁵ BGE 125 III 70 E. 3a.

sönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB vor. Bezüglich Schadenersatz kommen die ausservertraglichen Regelungen zur Anwendung, die Genugtuungsfrage ist gleich wie im Falle einer Persönlichkeitsverletzung während des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden³⁶. Eine durch den genetischen Status begründete Kündigung eines Arbeitsverhältnisses stellt eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR dar. Soweit eine *präsymptomatische* genetische Untersuchung betroffen ist, können die Rechtfertigungsgründe ("Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis" und "Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb") nicht geltend gemacht werden, da hier das GUMG als Spezialgesetz vorgeht. Die Verwertung von Ergebnissen einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung für eine Kündigung ist unter Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen in Art. 22–25 GUMG nie zulässig und folglich keiner Rechtfertigung im Sinne der Tatbestände des Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR zugänglich.

3. Differenzierte Lösung im Versicherungsbereich

3.1. Vorbemerkungen

Im Anwendungsbereich obligatorischer Sozialversicherungen darf für die Begründung des Versicherungsverhältnisses nicht auf den vorbestehenden Gesundheitszustand der zu versichernden Personen abgestellt werden. Die wichtigsten sozialen Risiken sind durch die gesetzlichen Sozialversicherungen abgedeckt. Präsymptomatische genetische Untersuchungsverfahren stellen keine Diskriminierungsgefahr dar.

Demgegenüber basieren Privatversicherungen auf dem Grundsatz der risikogerechten Prämie, was vor Abschluss des Vertrages eine Risikoprüfung erforderlich macht. Im Rahmen der Risikoprüfung haben Antragstellende die Versicherung über Tatsachen zu informieren, die für die zu versichernde Gefahr erheblich sind (Art. 4 Versicherungsvertragsgesetz VVG). Als Ergebnis der Risikoprüfung kann die Versicherung den Versicherungsantrag ganz

³⁶ Siehe dazu PÄRLI KURT, Anstellungsdiskriminierungen, ARV 1/2006 S. 23–26.

ablehnen, einen Risikozuschlag verlangen, ein bestimmtes Risiko ausschliessen oder die Laufzeit einer Versicherung mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts beschränken. Die Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen sind für den Versicherer zur Risikoeinschätzung relevant, erhält er doch Angaben, die den Eintritt einer Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt bereits im Stadium des Vertragsabschlusses mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussagen lassen. Aus der Sicht des Privatversicherers sind die Anordnung präsymptomatischer genetischer Untersuchungen und insbesondere das Ausforschen bestehender Resultate zweckmässig. Anders sieht es aus der Perspektive der zu versichernden Personen aus. Eine Pflicht zur präsymptomatischen genetischen Untersuchung für den Abschluss einer Privatversicherung widerspricht dem Recht auf grundrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung und dem Recht auf Nichtwissen des genetischen Status (Art. 6 GUMG)³⁷. Das Interesse der Nichtbekanntgabe bestehender Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen an den Versicherer liegt auf der Hand. Werden die Informationen bekanntgegeben, wird der Versicherungsantrag abgelehnt oder es wird ein Vertrag mit schlechteren bzw. risikogerechten Bedingungen angeboten³⁸. Wird dem Versicherer hingegen die Ausforschung und Verwertung bestehender Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen verwehrt, ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass Personen mit präsymptomatisch-genetisch festgestellten Risiken ganz gezielt einen möglichst hohen Versicherungsschutz abschliessen. Das ist sowohl für die Versicherung wie auch für die versicherten Personen mit günstiger genetischer Prognose problematisch³⁹.

³⁷ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7442.

³⁸ MUND CLAUDIA (Fn. 6), S. 225.

³⁹ VON ÖVERBECK JAN/BALDINGER BEATRICE, Genomanalyse und Versicherungen. Prinzipien der Risikoprüfung einer privatrechtlich geregelten Lebensversicherung, DIGMA 2003 S. 154–159.

Die nachfolgend vorgestellte Lösung im GUMG stellt das Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses dar, die Interessendisparität der Privatversicherer und der versicherten Personen angemessen zu berücksichtigen⁴⁰.

3.2. Absolutes Untersuchungsverbot

Im Bereich genetischer Untersuchungen weicht der Gesetzgeber von den gerade dargestellten Prinzipien ab. Der Grundsatz in Art. 26 GUMG ist klar: "Versicherungseinrichtungen dürfen als Voraussetzung für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses weder präsymptomatische noch pränatale genetische Untersuchungen verlangen". Das Ausforschungsverbot richtet sich sowohl an Privat- wie Sozialversicherer⁴¹. Das Untersuchungsverbot umfasst nicht etwa sämtliche Formen genetischer Untersuchungen, sondern lediglich die präsymptomatischen, also diejenigen, die im Sinne der Begriffsdefinition in Art. 3 Bst. d GUMG das Ziel haben, Krankheitsveranlagungen *vor dem Auftreten klinischer Symptome* zu erkennen. Der Versicherer kann auch mit anderen Methoden als präsymptomatischen genetischen Untersuchungen Informationen über den genetischen Status erlangen, etwa durch Familienanamnesen. Sofern und soweit diese Informationen für die Einschätzung des zu versichernden Risikos relevant sind, darf der Versicherer im Rahmen des im VVG vorgesehenen Verfahrens⁴² Informationen über das Erbgut der Antragsteller/innen in Erfahrung bringen.

⁴⁰ Kritisch zum Ergebnis (in einzelnen Punkten): FUHRER STEPHAN, Von der Schwierigkeit, den Wolf an den Ohren zu packen. Anmerkungen zu den versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, HAVE 2003 S. 181–187.

⁴¹ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7442.

⁴² Der Versicherer hat nur Anspruch auf *erhebliche* Gefahrentatsachen, dabei gilt ein objektiver Massstab, siehe dazu NEF JÜRG, N 33 zu Art. 4 VVG, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedin P./Schnyder Anton K. (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2000.

3.3. Beschränktes Nachforschungs- und Verwertungsverbot

3.3.1. Existenziell bedeutende Versicherungen

Art. 27 GUMG hält fest, Versicherungseinrichtungen dürften von antragstellenden Personen weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen oder pränatalen genetischen Untersuchungen verlangen, noch solche Ergebnisse verlangen. Das Nachforschungs- und Verwertungsverbot ist auf Sozialversicherungen beschränkt, auf die das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht (ATSG) ganz oder teilweise anwendbar ist (Art. 27 Abs. 1 Bst. a GUMG), die berufliche Vorsorge im obligatorischen und überobligatorischen Bereich (Art. 27 Abs. 1 Bst. b GUMG), auf Versicherungen, die Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers bei Krankheit und Mutterschaft betreffen (Art. 27 Abs. 1 Bst. c GUMG), sowie auf Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme bis 400 000 Franken und freiwillige Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von höchstens 40 000 Franken (Art. 27 Abs. 1 Bst. d und e).

Das Nachforschungs- und Verwertungsverbot im Bereiche gesetzlicher Sozialversicherungen bestätigt lediglich die ohnehin für obligatorische Versicherungen geltende Rechtslage. Ein Nachforschungsverbot gilt gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a GUMG jedoch auch für die nicht obligatorische Krankentaggeldversicherung nach KVG. Auf diese ist das ATSG anwendbar. Mit der Verankerung des Nachforschungs- und Verwertungsverbots für die weitergehende berufliche Vorsorge und die privatrechtliche Krankentaggeldversicherung verdeutlicht der Gesetzgeber die existenzielle Bedeutung dieser Versicherungsarten für Arbeitnehmende⁴³. Die Verankerung eines Nachforschungsverbotes für Lebensversicherungen und freiwillige Invalidenversicherungen bezweckt, dass Selbstständigerwerbende mit ungünstigen genetischen Risiken einen existenziell wichtigen Versicherungsschutz

⁴³ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7443. Kritisch zur Auswirkung dieser Regelung auf kleinere Versicherungskollektive FUHRER (Fn. 40), S. 187.

erlangen können⁴⁴. Nicht von der privilegierten Lösung in Art. 27 GUMG erfasst sind jedoch Taggeldversicherungen für Selbständigerwerbende, was sozialpolitisch kaum zu vertreten ist⁴⁵.

3.3.2. Übrige Versicherungen

Zulässig sind gemäss Art. 28 GUMG Nachforschungen über frühere präsymptomatische Untersuchungen bei Privatversicherungen, die nicht unter Art. 27 GUMG fallen. Betroffen sind Lebensversicherungen mit hohen Versicherungssummen, aber auch Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung⁴⁶. Bei diesen Versicherungen ist der Versicherer in der Vornahme der Risikoselektion nicht einfach frei. Er ist vielmehr an das Gebot der objektiven Risikoeinschätzung und das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG gebunden. Dieses schliesst nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund des genetischen Status aus. Die Ungleichbehandlung erfordert aber eine besonders sachliche Begründung.

Der Gesetzgeber hat Befürchtungen über den "genetisch gläsernen Menschen"⁴⁷ durch spezielle Vorschriften zum Prozedere der Offenbarung Rechnung getragen. Nach Art. 28 Abs. 2 GUMG muss der Versicherer eine Ärztin bestimmen, an die das Ergebnis mitzuteilen ist. Die beauftragte Ärztin teilt der Versicherungseinrichtung nicht das Ergebnis, sondern lediglich die Risikogruppe der antragstellenden Person mit. Die präsymptomatisch-genetische Untersuchung muss zudem bewährt und der wissenschaftliche Wert für die Prämienberechnung nachgewiesen sein (Art. 28 Abs. 1 Bst. a und b GUMG).

⁴⁴ Botschaft GUMG, BBl 2002 S. 7445. Die Privatversicherer beklagten sich, die Summen wären zu hoch.

⁴⁵ Auf diesen Aspekt weist insbesondere KIESER hin (KIESER UELI, Gentechnische Untersuchungen beim Menschen – Ein Blick auf ein neues Gesetz, HILL-Fachartikel [Health Insurance Liability Law] Nr. 2/2005, S. 2).

⁴⁶ Kritisch dazu: MUND CLAUDIA (Fn. 6), S. 313.

⁴⁷ Z.B. Votum Nationalrat Jost Gross in der Parlamentsdebatte, AB 2004 N 306.

3.4 Rechtsdurchsetzung

Gleich wie bei den Bestimmungen zum Arbeitsbereich enthält das GUMG auch für den Versicherungsbereich Strafbestimmungen. Nach Art. 40 Bst. a GUMG wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer vorsätzlich gegen die Art. 26 und 27 GUMG verstösst.

Zu den versicherungsrechtlichen Folgen sind dem GUMG keine Angaben zu entnehmen. Ein Verstoß gegen das Untersuchungs-, Ausforschungs- oder Verwertungsverbot stellt jedoch eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Wird bspw. das Ergebnis einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung als (einziger) Grund für die Nichtaufnahme in eine der in Art. 27 genannten Versicherungen verwendet, kann die Persönlichkeitsverletzung durch eine Kontrahierungspflicht beseitigt werden⁴⁸. Nur so kann der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck der GUMG-Regelungen, die Nichtdiskriminierung aufgrund des genetischen Status im Bereich existenzieller Versicherungen, verwirklicht werden.

IV. Würdigung

Was ist ein gutes Gesetz? Thomas Hobbes schrieb dazu im Jahre 1651: "Ein gutes Gesetz muss zum Wohl des Volkes nötig und zudem eindeutig sein (...). (...) Unnötige Gesetze sind keine guten Gesetze."⁴⁹

Ist das GUMG ein gutes Gesetz? Beginnen wir bei der Frage, ob es zum Wohle des Volkes notwendig ist. Folgen wir dem verfassungsrechtlichen Auftrag, muss die Frage bejaht werden. Volk und Stände wollen einen gesetzlichen Schutz vor Missbräuchen in der Gentechnologie. Die Gentechno-

⁴⁸ Zur Kontrahierungspflicht als Mittel der Beseitigung einer Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss siehe TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2003, S. 193 ff. Kritisch dazu: AEBI-MÜLLER REGINA, Personenbezogene Information im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, N 22.

⁴⁹ HOBBS THOMAS: Leviathan, 1651, Kapitel 30 (zitiert nach der Taschenbuchausgabe von IRVING FETSCHER, Frankfurt 2002).

logie verunsichert, ein Gesetz zum Schutz vor Missbrauch kann zur Beruhigung beitragen. Der Gesetzgeber hat mit dem GUMG Ängste in der Bevölkerung aufgenommen. Er hat zudem vorausschauend gesetzliche Lösungen bzw. Lösungswege für ein Problem verabschiedet, das sich empirisch zumindest in der Schweiz noch nicht in breitem Ausmass nachweisen lässt.

Gemessen am Potenzial der Gentechnologie für eine emotionale Auseinandersetzung und angesichts der "natürlichen" Interessengegensätze von Arbeitgebenden und Versicherern sowie Arbeitnehmenden und versicherten Personen sind die im GUMG im politischen Prozess ausgehandelten Lösungen einleuchtend, sachgerecht. Insbesondere ist es gelungen, den verfassungsrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung durch ein Nachforschungsverbot im Arbeits- und Versicherungsbereich gesetzlich zu verankern. Die diesbezüglichen Ausnahmen im Arbeitsbereich sind auf ein absolutes Minimum beschränkt. Missbrauch sollte durch die vorgesehenen Verfahrensvorschriften verhindert werden können. Es ist notwendig, dass Behörden und Parlament die medizinisch-technische Entwicklung weiter beobachten und die Praxistauglichkeit des Gesetzes im Auge behalten.

Einen zwiespältigen Eindruck hinterlässt das in Art. 4 GUMG verankerte Diskriminierungsverbot. Aus den Materialien wird erkennbar, dass es sich hier um eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes und um eine Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten handelt. Art. 4 GUMG gilt für sämtliche Lebensbereiche, geschützt ist aber "nur" die Diskriminierung "aufgrund des Erbgutes". Die Formulierung in Art. 4 GUMG ist sehr allgemein gehalten. Weder ist im Gesetz geklärt, ob und wenn ja welche Rechtfertigungsgründe für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Erbgutes zulässig sein sollen, noch sind spezifische Rechtsfolgen bei einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes angeordnet. Diskriminierungsverbote ohne abschreckende Sanktionsdrohungen verfehlen oft ihre Wirkung.